DEFINICIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO

LEGAL DEFINITION OF THE FAMILY IN ROMAN LAW

María Eva Fernández Baquero

Profesora Titular de Derecho Romano de la Universidad de Granada

Resumen: A diferencia de las declaraciones genéricas de la actual legislación internacional que evita definir a la familia, en las fuentes jurídicas romanas contamos con definiciones de familia en los textos jurídicos. Ello otorgó a la sociedad romana dar la suficiente seguridad para consolidar los pilares fundamentales del Derecho de Familia en el Derecho Romano. Y es que, en Roma como en la actualidad, la familia –como institución jurídica– no fue inmutable, sufrió cambios importantes a lo largo de los siglos en función de las transformaciones políticas, sociales y culturales. Sin embargo, y a diferencia del Derecho actual, dichos cambios tuvieron siempre presente el contenido sustancial y jurídico de lo que implica la idea primordial de la familia pues, dichas definiciones jurídicas, sirvieron como punto de partida para encontrar nuevas soluciones.

Abstract: Unlike generic statements of current international legislation that avoid defining family, in Roman legal sources there are definitions of family in legal texts. This granted Roman society sufficient certainty to consolidate the fundamental pillars of family law in Roman law. And in Rome, as at the present, the family – as a legal institution – was not immutable, it suffered major changes over the centuries on the basis of the political, social and cultural transformations. However, and contrary to current law, changes always had present substantial and legal content of what the primary idea of family was because such legal definitions served as a starting point to finding new solutions.

Palabras clave: Familia, *patria potesta*, *paterfamilias, publicanus, familia publicanorum.*

Key words: Family, *patria potestas*, *paterfamilias, publicanus, familia publicanorum.*

Sumario: I.–Introducción. II.–Problemática actual en torno a la ausencia de una definición jurídica de la familia. III.–Concepción de la familia desde el punto de vista de los vínculos personales: *agnatio* y *cognatio*. IV.–Concepción de la familia desde el punto de vista patrimonial. V.–Significado de la expresión *familia publicanorum*. VI.–Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo es el resultado de dos estudios referentes a la interpretación que el jurista Ulpiano en D. 50, 16, 195, *lib. 46 ad Edictum,* nos ofrece sobre el significado del término *familia*. Dada la extensión de dicho texto, en la *Revista General de Derecho Romano, Iustel,* nº 16, julio 2011, publiqué un trabajo analizando la mayor parte del mismo. Sin embargo, en aquél trabajo me quedó por tratar el alcance y significado de la expresión *familia publicanorum,* ya que la mayor parte de la doctrina mostraba su inclinación por relacionar dicha expresión con la *societas publicanorum* más que con el significado y concepción jurídica de la familia. De ahí que, mi segundo trabajo fuese dirigido al estudio del significado de *familia publicanorum,* el cual presenté en el *XIV Congreso Internacional y XVII Iberoamericano de Derecho Romano,* en marzo de 2012. Por todo ello, hacía falta hacer una nueva reflexión intentando conciliar ambos estudios y, en definitiva, explicar las distintas formas de mostrarnos Ulpiano la concepción jurídica de la familia romana.

II. PROBLEMÁTICA ACTUAL EN TORNO A LA AUSENCIA DE UNA DEFINICIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA

En las fuentes romanas contamos con definiciones jurídicas como la familia, el matrimonio, el divorcio, entre otras instituciones, que han servido para sentar los pilares fundamentales del Derecho de Familia Romano. En concreto, la familia –como institución jurídica– no fue inmutable, sufrió cambios importantes a lo largo de los siglos en función de las transformaciones políticas, sociales y, en definitiva, culturales a las que se enfrentó la civilización romana. Sin embargo,

dichos cambios tuvieron siempre presente el contenido sustancial y jurídico de lo que implicaba la idea primordial de la familia y, gracias a esas definiciones, pudieron encontrar nuevas soluciones jurídicas a los cambios que protagonizó la institución familiar.

Sin esas definiciones, probablemente, los juristas romanos se hubieran encontrado con la misma inquietud que hoy los juristas padecen a la hora de analizar e interpretar el Derecho positivo. Muestra de ello son las palabras que –con un tono de cierta preocupación– nos transmite MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ cuando reclama la falta de una definición jurídica del matrimonio y de la familia cuando explica estas instituciones en el ámbito del Derecho Civil. Tan sólo conocemos, dice éste autor, declaraciones genéricas en la legislación internacional que evitan definir el matrimonio y la familia, dejando a las legislaciones nacionales de los Estados miembros la concreción de qué ha de entenderse por familia, y qué por matrimonio[1]. En efecto, partiendo de la Carta de los Derechos Humanos de la Unión Europea de 2000, vemos como en la Constitución para Europa (que incorpora dicha Carta) se recoge el *«derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia»* (art. 9 de la Carta y II-69 de la mencionada Constitución) con el siguiente texto: *«se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio»*.

Mientras que, en relación con nuestra legislación, nos encontramos: Por un lado, que el Código Civil tampoco formula tales definiciones, probablemente porque los redactores del mismo, influenciados por el Derecho Romano y el Derecho Canónico, consideraron que no era necesario definir jurídicamente lo que el sentir social consideraba y asumía que era en aquellos momentos la concepción de la familia, esto es, de carácter patriarcal y conyugal. Por otro lado, nuestra vigente Constitución hace especial referencia a la familia para protegerla jurídica, social y económicamente pero sin llegar tampoco a definirla, tal y como podemos apreciar en su art.39 CE[2] y,

---

[1] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coord.), *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia.* Madrid, 2008, págs. 33 ss. Cfr. entre otros, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones.* Madrid, 2006, págs. 31 ss.; SÁNCHEZ CALERO, F. J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y Sucesiones,* Valencia, 2009, págs. 32 ss.

[2] «*1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su afiliación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar la asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*».

en todo caso, relacionándola con el matrimonio a través del art. 32 CE[3]. De ahí que, conjugando ambos preceptos y la normativa internacional, el propio Tribunal Constitucional, ante la falta de una concepción bien definida de la familia, tienda a destacar una concepción de la «familia matrimonial»[4], de entre las que pudieran establecerse.

Esta concepción de la «familia matrimonial», aunque es la más extendida en la sociedad, no es la única; pues los cambios sociales y culturales han empujado al reconocimiento jurídico de otros modelos familiares[5], cuya regulación pormenorizada no parte de un concepto jurídico de familia, sino de «tipos de familias» que, primero, se han desarrollado socialmente y, posteriormente, han conseguido un reconocimiento jurídico. Indudablemente, esta situación corre el peligro que, al no contar con un referente jurídico seguro (como serían las definiciones jurídicas sobre la familia y el matrimonio), la legislación que surja intentando regular determinadas instituciones, como el caso de la Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio entre personas sexualmente indiferenciadas, encuentre cierta conflictividad social e, incluso, se discuta abiertamente sobre la propia constitucionalidad de la misma.

Así las cosas, el propósito de este trabajo es poner de manifiesto

---

[3] «*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*».

[4] Concretamente en la STC. 45/1989, se dice: «*sea cual fuere, en efecto, el concepto constitucionalmente adecuado de familia, no es discutible que tal concepto incluya sin duda la familia que se origina en el matrimonio, que es en todo caso la que especialmente toman en consideración tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por Naciones Unidas en 1948 (art. 16.1) como los Tratados sobre derechos fundamentales suscritos por España (así el Convenio de Roma –art. 12–, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –art. 23– y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –art. 10.1–)*».

[5] En efecto, junto al modelo de familia nuclear de fundación matrimonial, encontramos las llamadas «familias de hecho», que son básicamente aquellas en las que los padres, que conviven, no están casados entre sí, fundándose esta familia exclusivamente en la consanguinidad y la convivencia, lo que provoca que el conjunto de relaciones jurídicas entre los miembros del grupo familiar sea complejo e insuficiente. También se habla de las «familias monoparentales», que son aquellas en las que un solo progenitor convive con los hijos. Las causas que han podido motivar esta situación son muy variadas (fallecimiento, divorcios,…), como variadas y difíciles de conciliar son las soluciones jurídicas que den respuesta a sus conflictos sociales. Finalmente, se reconoce también «las familias reconstruidas o reconstituidas», que son las que surgen como fruto de una segunda unión, sea o no matrimonial, tras la disolución de una unidad familiar previa (por fallecimiento, divorcio o simple ruptura de hecho). En este último caso el conflicto social y jurídico se incrementa considerablemente. *Vid.*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *op. cit.*, págs. 21 ss.

que la definición jurídica de familia mostrada por Ulpiano en el Digesto (D. 50, 16, 195, 1-5, *lib. 46, ad Edictum*)[6] tiene la importancia, por un lado, de consolidar jurídicamente la concepción social de la familia tradicional romana, basada en una férrea concepción del poder del *paterfamilias* que bajo su *potestas* y *dominium* se encontraban personas (concepción de la familia como grupo social) y cosas (concepción patrimonial de la familia), respectivamente; y, por otro lado, la de saber plasmar en la Compilación Justinianea esta concepción de la familia con una definición útil, comprendida y asimilada en cualquier momento o época histórica[7].

---

[6] 1. *«Familiae» appellatio qualiter accipiatur, videamus, et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas diducitur. In res, utputa in lege duodecim Tabularum his verbis «adgnatus proximus familiam habeto»; ad personas autem refertur familiae significatio ita, quum de patrono et liberto loquitur lex: «ex ea familia», inquit, «in eam familiam»: et hic de singularibus personis legem loqui constat.*

2. «Familiae» appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, utputa patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. «Pater» autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus. Denique et pupillum patrem familias appellamus, et quum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere; singuli enim patrumfamiliarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo, qui emancipatus est; nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam et si patrefamilias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.

3. Servitutium quoque solemus appellare familias, ut in Edicto Praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi Praetor loquitur de familia publicanorum; sed ibi non omnes servi, sed corpus quoddam servorum demonstratur huius rei causa paratum, hoc est vectigalis causa. Alia autem parte Edicti omnes servi continentur: ut de hominibus coactis et vi bonorum raptorum, item redhibitoria, si deterior res reddatur emptoris opera aut familiae eius, et interdicto Unde vi familiae appellatio omnes servos comprehendit; sed et filii continentur.

4. Item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur (sicuti dicimus familiam Iuliam), quasi a fonte quodam memoriae.

5. Mulier autem familiae suae et caput et finis est.

[7] Etimológicamente, parece ser que la palabra *familia* deriva, de un lado, de *dhemo* = casa, *dhâman* = puesto, sede; y, por otro lado, de *famulus, famelo, famelia,* que probablemente designaría a los esclavos. Así, I. SEVILLA, *Etymologiae,* 9,4,43: *Famuli sunt ex propia servorum familia orti. Servi autem vocabulum inde traxerunt, quod hi, qui iure belli possint occidi a victoribus, cum servabantur, servi fiebant, a servando scilicet servi appellati. Vid.,* entre otros, ERNOUT, A. y MEILLET, A., v. *famulus-i, Dictionnaire étymologique de la langue latina. Histoire des mots,* Paris, 1959, pág. 215; VOLTERRA, E. v. *Familia* (dir. rom.), *Enciclopedia del Diritto,* vol., XVI, 1967, pág. 735.

Nuestro actual Código Civil que, inspirado en la Constitución de 1876 y heredero de la tradición romana y canónica, nació asumiendo un modelo de familia eminentemente patriarcal[8]. Sin embargo, las nuevas circunstancias sociales y culturales han cambiado sustancialmente la realidad jurídica actual de la concepción familiar, a tenor de las modificaciones que desde 1975 han ido cambiando parte del articulado del Código Civil. No obstante, muchas de esas modificaciones no han estado, ni están, exentas de críticas en cuanto que, las mismas, se realizan de manera fragmentaria y a veces contradictoria sin atreverse a abordar de manera definitiva la regulación jurídica de la nueva concepción de la familia del siglo XXI. Para lo cual es imprescindible que el legislador muestre una definición jurídica del propio término familia, lo suficientemente clara y segura que sirva para recopilar los nuevos y distintos grupos familiares o tipos de familias con los que actualmente nos enfrentamos.

III. CONCEPCIÓN DE LA FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS VÍNCULOS PERSONALES: *AGNATIO* Y *COGNATIO*

En el texto de Ulpiano, D. 50,16,195, 2, se hace una amplia exposición del significado del término familia desde el punto de vista de las personas que la integran y destacando un significado en un doble sentido: *familia proprio iure* y *familia communi iure* («*Familiae*» *ap-*

[8] PEREDA GÁMEZ, F. J., justifica en este sentido que nuestro ordenamiento jurídico no contenga un concepto o definición legal de la familia. La falta de dicha definición jurídica en nuestra actual Constitución y en el Código Civil hace que se produzca una mayor complicación en la calificación jurídica de distintas situaciones como parejas de hecho, heterosexuales y homosexuales, etc. que tienen una distinta consideración en la legislación autonómica, otorgándoles o negándoles la consideración de familia. Concretamente, señala este autor: «En la regulación autonómica de las parejas de hecho (11 leyes hasta el momento), la noción de "familia" y la calificación de las instituciones como "familiares" distan de ser claras. Junto a una ley (la ley catalana de uniones estables de pareja, en relación con el Código de Familia) que niega expresamente el carácter "familiar" de estas uniones, que sólo se predica de la familia matrimonial, hay otra ley (la balear) que utilizan precisamente la adjetivación "familiar" para las parejas de hecho y la niega para la familia matrimonial. Hay asimismo leyes que expresa o tácitamente califican de familiares las instituciones tanto matrimoniales como no matrimoniales (así, en las leyes andaluza, canaria, vasca, extremeña y cántabra) y por último hay legislaciones que expresa o implícitamente niegan toda consideración "familiar" a las uniones de hecho, remitiendo su regulación al puro pacto privado (leyes de la Comunidad Valenciana, de Madrid y del Principado de Asturias)». *Las cargas familiares. El régimen económico de las familias en crisis.* La Ley, Madrid, 2007, págs. 99 y 103.

pellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum, aut communi universae cognationis continetur).

La *familia proprio iure* nos la presenta Ulpiano como el núcleo de personas que están sometidas a la única potestad del *paterfamilias (iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate)* ya sea creando un parentesco por razones naturales o de sangre (lazos cognaticios) procedentes del matrimonio legítimo o por cualquier acto jurídico que generador de dichos vínculos parentales (lazos agnaticios) como era la *adoptio, adrogatio* y la *conventio in manum* en sus tres formas *confarreatio, coemptio* y *usus.* Mientras que la *familia communi iure* es la formada, siguiendo el texto de Ulpiano, por todos los que se encontraban bajo la potestad del anterior *paterfamilias*, antes de su muerte o *capitis deminutio,* al pertenecer todos a la misma casa o estirpe. Y es opinión unánime en la doctrina actual que, si bien el parentesco agnaticio tuvo un mayor protagonismo en las primeras etapas del Derecho romano, sin embargo en épocas posteriores predominó más el parentesco de sangre o cognaticio dentro del grupo[9]. Ello nos muestra que la familia romana fue un organismo vivo que tuvo que ir adaptándose a las distintas circunstancias sociales, económicas, políticas y culturales con las que se enfrentó.

Sin embargo, la importancia de esta definición está en saber mostrar que el pilar fundamental sobre el que se construye las distintas concepciones de la familia romana es la *potestas* del *paterfamilias,* es decir, sea cual sea la etapa histórica en que nos situemos, el poder del *paterfamilias* se mantuvo presente. Es verdad que dicho poder no se

[9] De ahí que GAYO, nos diga que estos derechos cognaticios son de derecho natural, *Inst.,* 1, 158: *Sed adgnationis quidem ius capitis diminutione perimitur, cognationis vero ius eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest.* Siendo el derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos, ULPIANO, *lib.1 Inst.* D.1,1,1,3: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeri. Vid.*, por todos, CAMACHO EVANGELISTA, F., «Familia agnaticia, familia cognaticia y adopción (s.III d.C.)», *TEMIS,* 21, 1967, págs. 157 ss.; «Ius naturale en las fuentes jurídicas romanas. I. Ius naturale en Ulpiano (D.1,1,1,3) (Inst. I, 2 pr.)», *Estudios jurídicos en homenaje al prof. U. Álvarez Suarez,* Madrid, 1978, págs. 45 ss.; ARIAS RAMOS, J., *Derecho romano.* II, Madrid, 1974, págs. 692 ss.; FAYER, C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Concubinato. Divorzio. Adulterio.* Parte Terza, Roma, 2005, págs. 32 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano,* Madrid, 2011, págs. 265 ss.

mantuvo inalterado en el tiempo, pues en las primera etapas históricas del Derecho romano el *pater* ejerció su poder sin apenas limitaciones, mientras que a partir del período clásico y postclásico sí encontró por parte del poder público limites en su ejercicio. Ahora bien, aunque fuese más limitado, nunca dejó el *paterfamilias* de ser el único titular del mismo[10].

La razón de esta puntualización viene determinada por la opinión que algunos juristas actuales hacen de la familia romana cuando interpretan instituciones de derecho positivo y en el ámbito del Derecho de familia. Concretamente, la suelen calificar de patriarcal y en la que destacan al matrimonio como origen de la misma[11]. Y ello, es parcialmente cierto. Si bien es correcto de calificarla como patriarcal; sin embargo, el matrimonio fue una institución más –entre otras– que se desarrollaban dentro del grupo familiar.

En concreto, en un intento de sistematización, podemos decir que desde el punto de vista de las personas, la familia está comprendida por las personas *sui iuris* y las *alieni iuris,* según Gayo, *Inst.,* 1,48: *Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt subiectae.* Como personas *sui iuris,* estaban el *paterfamilias* y aquellas mujeres que a partir del Derecho clásico, en virtud de la legislación augustea, alcanzaron dicha condición en virtud del *ius liberorum,* esto es, se consideraba *sui iuris* la mujer ingenua que había tenido tres hijos, o bien la liberta que tuviese cuatro[12]. Sin embargo, sabemos que la condición de *sui iuris* de la mujer no significó –en modo alguno– una total equipara-

[10] Sobre el poder del *paterfamilias* y las progresivas limitaciones de las que fue objeto, *vid.*, FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E., «La patria potestad en el Derecho romano», *Los desafíos de la Familia Matrimonial. Estudio multidisciplinar en Derecho de Familia, Instituto Andaluz de la Mujer,* Sevilla, 2000, págs. 94 ss.; RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva,* Santiago de Compostela, 1978, págs. 33 ss.; ID., «Eclipse y Renacimiento de la adopción en su devenir histórico», *RGDR*, nº 13, 2009, págs. 11 ss.; FAYER, C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia. Matrimonio. Dote.* Parte Seconda, Roma. 2005, págs. 294 ss.

[11] *Vid.*, entre otros, GARCÍA GARATE, A., «Hacia una reforma radical del Derecho matrimonial», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* Tomo III, Madrid, 2003, pág. 4623; SÁNCHEZ CALERO, F. J., (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV, op. cit.,* pág. 32. Sin embargo, otros autores siguen subrayando el carácter exclusivamente patriarcal de la familia romana, *vid.* en este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil. Vol. IV. Derecho de Familia. op. cit.*, pág. 32.

[12] Cfr. GAYO, *Inst.,* 1,194: *Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum iure, libertinae vero quattuor, si in patroni liberorumve eius legitima tutela sint; nam et ceterae, quae alterius generis tutores habent, velut Atilianos aut fiduciarios, trium liberorum iure tutela liberantur.* ULPIANO, *Reg.,* 29,3. MACER, *lib. 2 de apellationibus,* D. 49,8,1,2. C. 8, 58 y 59.1.

ción a la situación del varón, pues sólo sirvió –entre otros beneficios– para que ella tuviese la posibilidad de otorgar testamento sin la *auctoritas* del tutor[13]. Pero, en el ámbito estrictamente familiar, la mujer no ejerció nunca la patria potestad sobre los hijos, dado que ese derecho era exclusivo del varón que fuese *paterfamilias*; como lo expresa Gayo, *Inst.,* I,104 cuando dice que las mujeres no pueden adoptar puesto que ni siquiera tienen potestad sobre los hijos que han tenido de forma natural: *Feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate haben;* ya que la mujer es cabeza y fin de su familia, tal y como aparece en el texto de Ulpiano, *lib. 46 ad ed.,* D. 50,16,195,5: *Mulier autem familiae suae et caput et finis est.* De esta forma, al ejercer sólo el varón *paterfamilias* la *patria potestas,* en caso de disolución del matrimonio por repudio o divorcio, no se cuestionó que el *pater* de los hijos del matrimonio divorciado, –ya fuese el marido *paterfamilias* o *filiusfamilias*–, siguiera ejerciendo dicha potestad sobre los mismos. En consecuencia, sólo era el *paterfamilias* la persona *sui iuris* con plenos poderes con respecto al resto de los miembros sometidos, los *alieni iuris*.

Desde el punto de vista del contenido de dicho poder, podemos decir que además del *ius vendendi* (derecho de vender a los hijos mediante el proceso de *imaginaria venditio)*, también estaba el *ius exponendi (*derecho de abandonar al hijo recién nacido), el *ius noxae dandi* (derecho del padre a entregar el hijo al perjudicado por un acto ilícito cometido por el *filius)* y el *ius vitae et necis* (derecho de vida y muerte que el *pater* tenía sobre los sometidos).

Este contenido de poder absoluto del *pater* fue encontrando progresivamente limitaciones[14] en la medida que el intervencionismo

[13] *Vid.*, DEL CASTILLO, A., *Emancipación de la mujer romana en el siglo I d.C.,* Granada, 1976; CANTARELLA, E., *La calamidad ambigua. Condición e imagen de la mujer en la antigüedad griega y romana,* trad. Andrés Pociña, Madrid, 1991, págs. 210 ss.

[14] El *ius exponendi,* como derecho de poder abandonar al hijo recién nacido (cuya práctica nos recuerda SUETONIO, *Claudio*, 27) se mantenía aún en época de Claudio, los emperadores cristianos condenaron dicha costumbre (C.8,51,2) y, Justiniano, declara *sui iuris* e ingenuo al *filius* que sea abandonado, C.8,52,3. Sobre el *ius vendendi,* me remito a lo establecido en el epígrafe anterior. Con respecto al *ius noxae dandi,* esto es, como derecho del padre de entregar el hijo al perjudicado por un acto ilícito cometido por el sometido, con la finalidad de liberarse el *paterfamilias* de la responsabilidad generada por dicho acto, comienza su proceso de decandencia desde la época clásica cuando se da la posibilidad de que el *filius* pueda defenderse por sí mismo, si el *pater* no lo hubiera hecho, cfr. POMPONIO, *lib. XIV ad Sabinum,* D. 9,4,33; JULIANO, *lib. IV ad Urseium. Ferocem,* D. 9,4,34. En época postclásica, el régimen de los peculios posibilita que el *filiusfamilias* disponga de su propio patrimonio y, en consecuencia, de hacer frente por sí mismo de las obligaciones contraídas. Por todo ello, el *ius noxae dandi* termina por desaparecer en la práctica, aunque será con

del poder público, en el ámbito familiar, fue cada vez más intensivo, en coherencia con los cambios que la propia familia estaba experimentando, esto es, el paso de una familia agnaticia a una cognaticia. Así, la familia acabó por configurarse como un grupo de personas más reducido, vinculadas ahora principalmente por los lazos de sangre y que, con la llegada del cristianismo, no haría más que consolidarse.

En este sentido, comparto la opinión de VEYNE[15] cuando señala que entre la época de Cicerón y el siglo de los Antoninos tuvo lugar en Roma una metamorfosis moral en el ámbito social y familiar de tal magnitud que el cristianismo encontró el terreno bastante abonado, por la influencia que fue ejerciendo en tiempo atrás la filosofía estoica y, en suma, la moral cristiana no hizo más que retomar la existente en la etapa tardo-pagana. Por otro lado, en los primeros siglos de la era cristiana, la clase dirigente romana cambió profundamente. Los *patresfamilias,* que durante siglos intentaban entre ellos imponer su supremacía y predominio, se convierten ahora de manera homogénea en fieles defensores del príncipe, esto es, se pasó de una «aristocracia competitiva» a una «aristocracia de servicio». Como resultado de todo ello, el poder público asumió la regulación de aquellas cuestiones que en tiempo pasado se resolvieron en el ámbito familiar, provocando de manera definitiva que el imperio de las leyes fuera más fuerte que el de los *antiqui mores maiorum.* Ahora bien, a pesar de estos cambios en la concepción familiar, el carácter patriarcal de la misma que nos muestra Ulpiano en el texto –objeto de este trabajo– siempre se mantuvo, esto es, como poder exclusivo del varón *sui iuris*. De ahí que defendamos la importancia de dicho texto, en la medida que el significado del término «familia» pudo servir para ser aplicada en cualquier momento de la Historia de Roma.

Justiniano cuando se establezca definitivamente que las acciones derivadas del delito de un *filius* deberán ser siempre dirigidas contra él mismo I., 4,8,7. Y, en cuanto al *ius vitae et necis,* es decir, el derecho de vida y muerte sobre los sometidos, Trajano obliga al padre que sometió a su hijo a malos tratos a emanciparlo e, incluso, a no recibir nada del hijo muerto por no haberle mostrado afecto. *Vid.* SUETONIO, *Aug.*, 65,2. Adriano condenó con la deportación a un padre que castigó a un hijo con particular crueldad (D., 48,9,5). Constantino castiga como parricida al padre que mata al hijo (C.9,17,1) declarando, además, que no le es lícito a los padres quitarles la vida a los hijos, aunque ello fue posible en tiempos pasados (C. 8, 47, 10). Una constitución de Valentiniano y Valente, en el 365, exige que determinados delitos exceden de la disciplina doméstica y, por tanto, deben ser consignados a la competencia de los jueces (C.Th. 9,13,1 = C.9,15,1). Finalmente, Justiniano recoge y asume estas regulaciones declarándose inexistente definitivamente este derecho (C.8,46,10).

[15] VEYNE, P., «La famille et l'amour sous le Haut-Empire romain», *Annales E.S.C.,* 33, 1968, págs. 36 ss.

Desde el punto de vista de los distintos poderes que el *pater* ejerce sobre los *alieni iuris,* el texto de Gayo, *Inst.,* 1, 49, distingue tres tipos: *in potestate, in manu* e *in mancipio: Rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.*

En el ámbito de la *patria potestas* del *pater* se abren dos grandes grupos: los miembros cognaticios y los agnaticios. Por ello, Ulpiano cuando define a la familia *proprio iure* (D., 50, 16, 195, 2) nos dice que son aquellas personas que están bajo la misma potestad, sujeta a ella por nacimiento o por acto jurídico: *Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura, aut iure subiectae.* Entendiendo por *natura* los hijos nacidos y reconocidos como tales dentro del grupo familiar, diferenciando al mismo tiempo entre los matrimoniales y los que son fruto de un concubinato.

En efecto, en cuanto a los primeros, es cierto que el matrimonio legítimo jugó un papel primordial en la medida que otorgaba la *patria potestas* al *pater* de manera inmediata. Así, Gayo en *Inst.* 1,55, dice expresamente que están bajo nuestra potestad los hijos que procreamos dentro del matrimonio: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus.* Y, del mismo modo que, Callistrato, *lib.2 quaest.,* D. 50, 16, 220, 3, subraya que la naturaleza nos enseña que los padres que aman a sus hijos y contraen matrimonio con la intención y deseo de procrear una descendencia, comprenden en la palabra hijos a todos los que de ellos descienden[16]. No cabe duda que, entre los fines del matrimonio estaba la procreación[17] y que, los hijos nacidos del mismo, quedaban sometidos a la *patria potestas* del *pater.* Sin embargo, también es cierto que el matrimonio no era la única vía para que el *paterfamilias* reconociera como hijos legítimos los nacidos en el seno familiar y con vínculos cognaticios, ya que la condición de *filius et filia* podía adquirirse por el acto jurídico de la legitimación.

Efectivamente, si entendemos por legitimación el acto jurídico

---

[16] *Praeter haec omnia natura nos quoque docet, parentes pios, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, filiorum appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, continere; nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros, quam filii, appellare. Etenim idcirco filios filiasve concepimus atque edimus, ut ex prole eorum, earumve diuturnitatis nobis memoriam in aevum relinquamus.*

[17] Sobre la importancia de la procreación para la continuidad del grupo familiar, cfr. FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E., «La cesión de la mujer con fines de procreación según la concepción de la familia romana arcaica y preclásica», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada,* nº 4, 2001, págs. 273 ss. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas. La trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno,* ed. Dykinson, 2006, págs. 21 ss.

que produce el efecto de dar la condición de hijo legítimo al que había nacido de una relación no matrimonial o de concubinato[18], encontramos en las fuentes romanas que su mayor desarrollo se establece a partir de la época imperial. No obstante, en los primeros tiempos del Derecho romano, sólo mediante la ceremonia del culto gentilicio, llamada *tollere liberos*[19], un *paterfamilias* podía o no reconocer como hijo legítimo al recién nacido que le depositaban en la tierra, a sus pies, dependiendo del propio *pater* (que podía ser el propio padre natural u otro varón pariente que ejerciera la función de *paterfamilias)* el recogerlo o no del suelo, si se trataba de un varón, o de ordenar que se le alimentara, en el caso de una hembra. Al ser un rito que se desarrollaba en el ámbito familiar ha sido bastante criticado, por una parte de la doctrina romanística, en orden a no otorgarle demasiada importancia en el ámbito jurídico[20]. Sin embargo, no debemos olvidar la eficacia jurídica que todos esos usos y costumbres tenían, en las primeras etapas del Derecho romano, al residir en estos *mores maiorum* la manera de regular jurídicamente las instituciones que hoy calificaríamos de Derecho privado[21].

---

[18] Sobre el concubinato, *vid.* entre otros, CASTELLO, C., *In tema de matrimonio e concubinato nel mondo romano,* Milano, 1940, págs. 40 ss.; ROBLEDA, O., *El matrimonio en Derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad,* Roma, 1970, págs. 275 ss.; GIUNTI, P., *Addulterio e Leggi regie. Un reato fra storia e propaganda,* Milano, 1990, págs. 141 ss.; FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E., «Relaciones extramatrimoniales en época republicana», *Problemática del Derecho romano ante la implantación de los nuevos Planes de Estudio,* (coords. Herrera Bravo, R. y Salazar Revuelta, M.), Jaén, 1999, págs. 195 ss.; BLANCH NOUGUÉS, J. M., «La filiación en el pensamiento jurídico romano: Ueritati locum superfore», iustel.com., *RGDR,* nº 3, diciembre 2004, págs. 4 ss.; FAYER, C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari concubinato, divorzio, adulterio, op. cit.,* págs. 11 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Reflexiones a propósito de la realidad social. La tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano (I)», iustel.com. *RGDR,* nº 6, 2006, págs. 10 ss.

[19] La expresión *tollere liberos* se constituye a través de dos términos *tollo* que significa «elevar», «alzar» y *liberi* que hace referencia a niños o descendientes libres; así en CALLISTRATO, *lib. 2 quaes.* D. 50,16,220 pr.,: «*Liberorum*» *appellatione nepotes et pronepotes ceterique, qui ex his descendunt, continentur; hos enim omnes suorum appellatione lex duodecim Tabularum comprehendit. Toties enim leges necessariam ducunt, cognationem singulorum nominibus uti, veluti: «filii, nepotes, pronepotis», ceterorumve, qui ex his descendunt, quoties non omnibus, qui post eos sunt, praestitum voluerint, sed solis his succurrent, quos nominatim enumerent. At ubi non personis certis, non quibusdam gradibus praestatur, sed omnibus, qui ex eodem genere orti sunt, liberorum appellatione comprehenduntur.* Cfr., ERNOUT, A. y MEILLET, A., *Dictionnaie étymologique de la langue latine. Histoire des mots, op. cit.,* págs. 355 y 694.

[20] Cfr., las distintas fuentes y posturas doctrinales recopiladas por FAYER, C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari.* Parte prima, Roma, 1994, págs. 181 ss.

[21] Sobre la importancia de los *mores maiorum* como fuente del Derecho y regulación de los comportamientos del grupo familiar, *vid.*, FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E., «La familia en Roma: Entre los «*mores maiorum*» y la norma escrita», *El Derecho*

Así las cosas, los hijos no reconocidos como *legitimi,* se les conocía con las expresiones *vulgo concepti, spurii* o *naturales* que, a diferencia de los anteriores, no entraban bajo la *patria potestas* del *pater* sino que seguían la condición de la madre, tal y como podemos ver en Gayo, *Inst.,* 1, 64, cuando trata de los matrimonios sacrílegos o incestuosos, o bien cuando una mujer concibe de persona indeterminada, donde expresamente se hace uso de las expresiones antes mencionadas de *vulgo concepto* y *spurii*[22]. Sin embargo, en período postclásico empezó a utilizarse el término *naturales* para hacer referencia a los hijos habidos en concubinato. Momento histórico en el que la concepción de la familia cognaticia adquiría su pleno protagonismo, regulándose mediante normas escritas las formas de legitimarlos por parte del *paterfamilias* y, de esa manera, éste adquiría la *patria potestas* sobre ellos, asimilando al legitimado con respecto a los hijos legítimos en todos los conceptos: relaciones personales, derechos sucesorios, etc[23].

Junto a los hijos unidos al *pater* por lazos cognaticios o naturales, también están aquellos que han ingresado en el grupo familiar por actos jurídicos como la *adoptio,* la *adrogatio* y la *conventio in manum (confarreatio, coemptio* y *usus*)[24]. En todos esos casos, personas sin lazos de consanguinidad ingresan en el nuevo grupo familiar convir-

---

de Familia y los Derechos Reales en la Romanística Española (1940-2000), Eds. Ramón López-Rosa y Felipe Del Pino Toscano, Huelva, 2001, págs.103 ss.; ID., «La costumbre como fuente del Derecho Romano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada,* nº 6, 2003, págs. 61 ss.

[22] *Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos; itaque hi qui ex eo coitu nascuntur, matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique; nec ob id in potestate eius sunt, quales sunt hi quos mater vulgo concepit; nam et hi patrem habere non intelleguntur, cum is et incertus sit; unde solent spurii appellari vel a Graeca voce quasi σποράδην concepti nel quasi sine patre filii.*

[23] En cuanto a las clases o tipos de legitimación que se establecen a partir del período postclásico son tres: *Per subsequens matrimonium,* esto es, por el subsiguiente matrimonio entre el hombre y la concubina. C. 5, 27,5pr; C. 5,27,6 y 7. *Per oblationem curiae,* Teodosio II y Valentiniano III autorizaron (año 443) a los padres que, no teniendo hijos legítimos, pudieran donar o dejar en testamento a aquéllos que fuesen naturales, siempre y cuando inscribiesen al hijo en la lista de los decuriones o casando a la hija con un decurión; consiguiéndose con ello, más que una legitimación, una vía de sucesión intestada, C. 5, 27,3 y 9; Nov. 89,4. *Per rescriptum principis,* esta forma de legitimación por decisión imperial fue instaurada por Justiniano ante el supuesto de que el *paterfamilias* no tuviese hijos legítimos o bien fuese imposible el matrimonio con la concubina, I., 1, 10, 13; Nov. 74, 1 y 2.

[24] En referencia a la *conventio in manum,* GAYO, *Inst.,* 1,108: *Nunc de his personis videamus quae in manu nostra sunt. Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est.* 109: *Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent; in manum autem feminae tantum conveniunt.* 110: *Olim itaque tribus modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione.*

tiéndose en nuevos *filius et filiafamilias* legítimos, en igualdad de condiciones y como parientes agnados, procurando la continuidad familiar. Sin embargo, en el texto de Ulpiano, en el que define a la familia, no se mencionan las instituciones de la *adoptio* y la *adrogatio,* ni de la *conventio in manum,* tan sólo se habla genéricamente de los miembros que conforman el grupo familiar que, bajo la *potestas* del *pater* se encuentran personas emparentadas por vínculos cognaticios o agnaticos y, en ambos casos, se pertenece a la familia en igualdad de condiciones[25].

La razón se puede comprender ya que, por un lado, la *conventio in manum* fue una institución que desapareció en plena época romana[26]; y, por otro lado, al igual que ocurrió con la *adoptio* y la *adrogatio,* la evolución de la misma –mientras existió– no afectó en ningún sentido al carácter patriarcal que el texto de Ulpiano refleja. En todo caso, pudo afectar al posterior desenvolvimiento de la institución matrimonial, pero también compartimos la opinión de aquellos que defienden la idea de que el matrimonio y la *conventio in manum* son instituciones distintas aunque se desarrollaron y evolucionaron dentro de un mismo marco familiar, esto es, el carácter patriarcal de la familia.

Así las cosas, está claro que sin *paterfamilias* no puede existir la familia, pero sí puede existir sin matrimonio, porque el *pater* lo es, esté o no casado, y ese *status* jurídico le puede llegar a varón en cualquier momento de su vida ya que el propio texto de Ulpiano (D. 50,16,195,2) nos dice que muerto el *paterfamilias* todos los hijos directos varones del *pater* comienzan a constituir sus propias familias, de la misma forma que le ocurre a los emancipados, lo que demuestra el carácter eminentemente patriarcal de la familia y donde el matrimonio es una institución más de entre las existentes para procurar la continuidad del grupo.

[25] GAYO, *Inst.,* 3, 2: *Sui autem heredes existimantur liberi qui in potestate morientis fuerunt, veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote filio nato prognatus prognatave. Nec interest, utrum naturales sint liberi an adoptivi. Ita demum tamen nepos neptisve et pronepos proneptisve suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipation. Nam si per id tempus quo quis moriatur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegemus.* Por otro lado, no hacemos mención de las personas *in mancipio* pues, como mencionamos en el apartado anterior, estamos de acuerdo con aquellos autores que consideran que dichas personas mantienen suspendida su *patria potestas* mientras se encuentran en dicha situación.

[26] *Vid.*, en este sentido, ROBLEDA, O., *El matrimonio en derecho romano, op. cit,* pág. 56 y ss.

En consecuencia, la definición de Ulpiano sobre la familia desde el punto de vista de las personas fue también esencial porque –tomando siempre como premisa el carácter patriarcal de la misma– mostró las distintas instituciones que en ella se desarrollaron. Ello ha permitido que a lo largo de los siglos se diesen reformas jurídicas acorde con los cambios sociales, políticos, jurídicos y culturales que Roma sufrió, pero sin alterar su concepción primordial, esto es, que el *paterfamilias* es el origen y el fin del grupo familiar, al que se le podía limitar más o menos su poder pero nunca sustituir.

Esta concepción patriarcal de la familia supervivió en la recepción del Derecho romano, llegando a reflejarse en nuestro Código Civil. De ahí que, los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, cuando hablan de la naturaleza y caracteres de la patria potestad digan expresamente: «En la redacción que el Código civil tuvo desde 1889 hasta 1981, la patria potestad se dibujaba con unos contornos o perfiles romanistas y patriarcales, paradójicamente poco coincidentes con la realidad del tiempo en que el Código se puso en vigor. La potestad correspondía al padre y sólo de una manera subsidiaria pasaba a la madre... La reforma de 1981 ha introducido notables modificaciones en el régimen anterior. Ante todo, ya no se trata de un poder exclusivo del padre, sino compartido con la madre»[27].

IV. CONCEPCIÓN DE LA FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA PATRIMONIAL

Ulpiano (en D. 50, 16, 195, 1) ciñe el significado jurídico del término familia de forma clara y precisa al decirnos que se refiere a las «cosas» y a las «personas» explicándonos, seguidamente, el verdadero sentido de cada expresión: «*Familiae*» *appellatio qualiter accipiatur, videamus; et quidem varie accepta est, nam et in res, et in personas deducitur*. Siempre tenemos que tener presente que ambos significados se nos presentan como elementos propios de la familia ya que, sin «personas», no existe familia; pero, igualmente sin «cosas», la familia no podría sobrevivir de forma autónoma, tal y como analizaremos más adelante.

Así, desde el punto de vista patrimonial, la palabra familia vendría a indicar el conjunto de cosas y derechos que configura todo el pa-

[27] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *El sistema de derecho civil. Vol. IV, op. cit.* pág. 256.

trimonio[28] que se encuentra bajo el *dominium*[29] del *pater*, en el que comprenden no sólo los objetos materiales (como los esclavos), sino también los derechos (como los derechos reales, de obligación, o los que se ejercen sobre los hijos).

En el campo de las relaciones patrimoniales, como señala el profesor ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN[30], el único sujeto jurídico de la familia es el *pater*. La propiedad –en los primeros momentos del

---

[28] Desde el punto de vista etimológico el término «patrimonio» se corresponden con el término latino *patrimonium,* como conjunto de bienes heredados del *pater. Vid.*, en este sentido, TORRENT RUIZ, A., v. *patrimonium, Diccionario de Derecho Romano,* Madrid, 2005, pág. 871. En efecto, el valor patrimonial del concepto de familia encuentra su huella en la terminología más antigua de la herencia romana. Así en la ley XII Tablas, tab. V, 4 (*adgnatus proximus familiam habeto);* en la acción de división de la herencia *actio familiae erciscundae.* Incluso, este carácter patrimonial, se aprecia en la institución de la *mancipatio familiae,* como tipo autónomo y distinto del *testamentum per aes et libram,* donde según GAYO, *Inst.,* 2, 102, en época antigua, el *paterfamilias* que no había hecho testamento y ante su posible muerte enajenaba todo su patrimonio por medio de una *mancipatio* a una persona de su confianza (*familiae emptor)* que actuaba como adquirente fiduciario para ejercitar la voluntad del disponente (*Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur).* Por todo ello, un sector importante de la doctrina no duda en afirmar que, como señala RODRÍGUEZ ENNES, L., «el término *familia*, en su consideración originaria, designaba el complejo de bienes que constituían el patrimonio ordinario de la familia romana y, sólo más tarde pasó a designar también el grupo de los *liberi in potestare*», en *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva,op. cit.*, pág. 32. *Vid.,* DE MARTINO, F, «La *gens*, lo stato e le classi en Roma antica», *Studi in onore Arangio Ruiz,* vol. IV, Milano, 1952, pág. 101.

[29] FAYER, C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari, op. cit.*, págs. 123 ss, considera que el término *dominium* en el texto de Ulpiano no tiene un significado de «propiedad» sino de supremacía del *paterfamilias*, como señor absoluto de su *domus.* Sin embargo, con anterioridad otros autores, interpretan que la expresión *dominium* en el texto de Ulpiano, sí viene a indicar la posición del *paterfamilias* como *dominus.* Cfr., RABELLO, A. M., *Effecti personali della «patria potestas».* I. *Dalle origini al periodo degli Antonini,* Milano, 1979, págs. 71 ss. Por nuestra parte, y con independencia de la precisión técnica del término, el hecho cierto es que el *paterfamilias* era el único sujeto dentro de su grupo que tenía plena capacidad de disposición de las cosas y de las personas que lo integraban. No teniendo más limitaciones que las establecidas en un primer momento por los *mores maiorum* y, posteriormente, por la actividad legislativa de la organización de la *civitas* que fue limitando progresivamente dichos poderes.

[30] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el Derecho español,* Madrid, 1984, pág. 24. *Vid.*, LOBRANO, G., *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas,* Milano, 1984, págs. 16 ss. LÓPEZ HUGUET, M. L., «Breves notas sobre algunos conceptos jurídicos inherentes a la familia romana: En torno al significado de *"patria potestas", "filius", "pater"* y *"materfamilias"*», iustel.com, *RGDR,* nº 7, diciembre 2006, págs.1-29.

Derecho romano– estaba confundida con el poder familiar del *pater*, de ahí que los términos *manus* y *mancipium* se relacionan con la existencia de un poder único domestico sobre cosas y personas que luego se va diversificando. La familia forma una unidad económica en donde el *pater,* por ser el legítimo titular de todo el patrimonio, tiene la obligación de procurar su productividad con la finalidad primordial de mantener la unidad familiar y transmitirlo a generaciones futuras tras su muerte, ya que para ese patrimonio transmitido de generación en generación posibilita la existencia y continuidad del grupo familiar.

Ahora bien, para obtener la productividad del patrimonio, el *pater* como persona *sui iuris* – al ser el único miembro del grupo familiar con plena capacidad jurídica y de obrar– se valía del resto de sometidos, *filius et filias* e, incluso, esclavos (*servus)* que sometidos a la *patria potestas* y *dominium* del *pater* tenían sólo una capacidad de obrar limitada (capacidad negocial y delictual) pero que con la ayuda de otras instituciones jurídicas podría conseguir, no sólo mantener su patrimonio, sino en el mejor de los casos incrementarlo y enriquecerlo. En este sentido, Gayo, *Inst.,* 2, 86 nos dice claramente que el *pater* podía adquirir también por mediación de los que tiene bajo su *potestas, manus* o *mancipio* e, incluso, por medio de los esclavos[31]. En el mismo sentido se puede leer en Gayo, *lib. 2 Inst.,* D. 41, 1, 10, al decir que el *filius nihil habere potest*[32], por lo que los sometidos a la *po-*

[31] *Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu mancipiove habemus; item per eos servos, in quibus usumfructum habemus; item per homines liberos et servos alienos, quos bona fide possidemus. De quibus singulis diligenter dispiciamus.*

[32] *Acquiruntur nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus; item per servos, in quibus usumfructum habemus; item per homines liberos et servos alienos, quos bona fide possidemus: de quibus singulis diligentius dispiciamus. 1. Igitur quod servi nostri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex qualibet alia causa adquirunt, id nobis adquiritur; ipse enim, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Ideoque si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest, et si iubentibus nobis adierit, hereditas nobis adquiritur, perinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus; et his convenienter scilicet legatum nobis per eundem adquiritur.*

2. Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habemus, adquiritur nobis, sed etiam possession; cuiuscumque enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur; unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis adquiritur.

3. De his autem servis, in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut, quidquid ex re nostra, vel ex operis suis adquirant, id nobis adquiratur; si quid vero extra eas causas persecuti sint, id ad dominum proprietatis pertinet. Itaque si is servus heres institutus sit, legatumve quid, aut ei donatum fuerit, non mihi, sed domino proprietatis acquiritur.

4. Idem placet de eo, qui nobis bona fide possidetur, sive liber sit, sive alienus servus:

testas del *pater* no pueden adquirir para sí mismos, de manera que todo lo adquirido por ellos de cualquier modo incrementa el patrimonio del *pater*.

Por otro lado, según el antiguo *ius civile,* el *paterfamilias* nunca quedaba obligado por las deudas que contraen los miembros sometidos a su *potestas.* De ahí que, el propio Gayo en D. 50, 17, 133, *lib. 8 ad ed. provinc.,* señale *melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.* En el Derecho clásico, mientras que el *filiusfamilias* (no la hija, la mujer casada y la persona *in mancipio)* se obliga válidamente a sí mismo, ninguna obligación civil alcanza al esclavo. Así, el hijo se obliga *civiliter* y puede ser demandado y condenado mientras está sujeto a la potestad paterna, si bien sólo después de salir de ella el acreedor podrá intentar la ejecución real de la condena. Sin embargo, las obligaciones contraídas por el esclavo tienen carácter *naturaliter*[33]. Por todo ello, y con el fin de no entorpecer el tráfico jurídico, el pretor introduce varias excepciones al principio de la no responsabilidad del *paterfamilias* por medio de las *actiones adiecticiae qualitatis,* quedando obligado el titular de la *patria potestas* a responder solidariamente junto con la persona *alieni iuris* que actuaba en cualquier negocio jurídico por iniciativa paterna[34].

Así las cosas, desde los primeros tiempos del Derecho romano, era habitual que el *paterfamilias* concediese una parte de sus bienes a sus sometidos (*alieni iuris* e incluso a los esclavos) en concepto o a título de *peculium* que, según Ulpiano, *lib.29 ed.* D.15,1,5,3, se trata de una cantidad módica de pecunia o de un pequeño patrimonio (*peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillu)* y que, como señala Fernández de Buján en base a otro fragmento de Ulpiano en, *lib. 29 ad ed.,* D.15, 1,7,1[35], no se requería que fuese una con-

---

quod enim placuit de usufructuario, idem probatur etiam de bonae fidei possessore. Itaque quod extra duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est vel ad dominum eius, si servus est.

5. Sed bonae fidei possessor cum usuceperit servum, quia eo modo dominus fit, ex omnibus causis per eum sibi adquirere potest: usufructuarius vero usucapere servum non potest, primum quia non possidet, sed habet ius utendi fruendi, deinde quoniam scit, servum alienum esse.

[33] IGLESIAS, J., *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado,* Madrid, 1987, pág. 405.

[34] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano,* Madrid, 2011, págs. 276 ss.

[35] *Et adiicit, pupillum vel furiosum constituere quidem peculium servo non posse: verum ante constitutum, id est ante furorem, vel a patre pupilli, non adimetur ex his causis. Quae sententia vera est, et congruit cum eo, quod Marcellus apud Iulianum notans adiicit, posse fieri, ut apud alterum ex dominis servus peculium habeat, apud alterum*

cesión, sino que era suficiente el hecho de que el *paterfamilias* no suprimiese al *filius* o al *servus* lo que con anterioridad habían adquirido[36]. En consecuencia, el peculio era considerado como un pequeño patrimonio autónomo y separado de los restantes bienes del *paterfamilias,* que era gozado y administrado por el *filius* o *servus* pero que solía entregar el propio *pater* (*peculium profecticium)* a fin de que fuese cuidado e incrementado[37], revocable en todo momento (*ademptio peculii)* y que, a la muerte del sometido, retorna automáticamente al *pater.* Aunque las fuentes se refieren en su mayor parte al peculio de los hijos, también se concedían a las hijas y a las esclavas[38]. La evolución de esta institución[39] modificó en cierta medida la concepción

---

non, utputa si alter ex dominis furiosus sit, vel pupillus, si (ut quidam, inquit, putant) peculium servus habere non potest, nisi concedente domino. Ego autem puto, non esse opus concedi peculium a domino servum habere, sed non adimi, ut habeat. Alia causa est peculii liberae administrationis, nam haec specialiter concedenda est.

[36] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano, op. cit.*, pág. 277.

[37] ULPIANO, *lib. 29 ed.*, D. 15,1,5,4; POMPONIO, *lib. 7 Sab.*, D. 15, 1,4 pr; FLORENTINO, *lib. 11 inst.,* D. 15,1,39.

[38] El supuesto más conocido, consistía en que la hija dispusiera en el seno de la familia de un pequeño patrimonio de ornamentos y adornos: vestidos, útiles e, incluso, esclavos de los que se servía para las tareas domésticas. Cfr., ULPIANO, *lib. 4 de adult.* D. 40,9,12,3; SCAEVOLA, *lib. 1 resp.*, D. 15,3,20; *lib. 5 dig.*, D. 15,3, 21. Con respecto a la concesión de las distintas acciones contra el padre por los negocios realizados por la hija o la esclava, *vid.* GAYO, *lib. 9 ed.*, D. 15,1,27 pr. GARCÍA GARRIDO, M. J., *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil. I. La tradición romanística,* Barcelona, 1982, págs. 12 ss.

[39] Junto al peculio profecticio, en época clásica, los usos sociales hacen que se desarrolle otro tipo de peculio procedente, no del patrimonio familiar, sino de aquellos bienes que adquiere el hijo durante el servicio militar y conocido con la denominación de peculio castrense. Este peculio, sobre el que tiene plena disposición el *filius,* podía incrementar el patrimonio familiar del *pater* si se producía el fallecimiento del *filius* sin que éste hubiera dispuesto de dicho peculio, ni por actos *inter vivos* ni por actos *mortis causa.* Dicho retorno a manos del *pater* se producía, no por el derecho de sucesión, sino por el derecho de peculio (*iure peculii),* tal y como podemos ver en Ulpiano, *lib. 67 ad ed.*, D. 49,17,2: *Si filius familias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur: si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium.* La legislación de Constantino da un importante impulso a dos tipos de peculios: el *quasi castrense* y el *adventicium.* El primero, lo integran los bienes que adquiere el hijo como funcionario en la corte imperial o en diversas funciones civiles o religiosas. C. Th., 6, 36, 1 = C. 12,30,1: *Imperator Constantinus. Omnes palatinos, quos edicti nostri iam dudum certa privilegia superfundunt, rem, si quam, dum in palatio nostro morantur, vel si parsimonia propria quaesierint vel donis nostris fuerint consecuti, ut castrense peculium habere praecipimus. Quid enim tam ex castris est, quam quod nobis consciis ac prope sub conspectibus nostris adquiritur.*

1. Sed nec alieni sunt a pulvere et labore castrorum, qui signa nostra comitantur, qui praesto sunt semper actibus, quos intentos eruditis studiis itinerum prolixitas et expeditionum difficultas exercet.

2. Ideoque palatini nostri, qui privilegiis edicti uti potuerunt, peculia sua praecipua

patrimonial de la familia, aunque si atacar o suprimir la concepción tradicional del peculio.

Otra de las vías posibles de enriquecer el patrimonio familiar era a través de los bienes que aportaba la mujer con motivo de su ingreso en el grupo familiar mediante el matrimonio (la dote, los bienes extradotales o parafernales y las donaciones nupciales). Todos estos bienes y en especial la dote, en las primeras etapas históricas del Derecho romano, se consideraban una entrega definitiva al marido o a su *paterfamilias,* por lo que se beneficiaba en su conjunto al patrimonio del grupo familiar. Es verdad que si se producía la disolución del matrimonio por medio de un repudio o divorcio –siempre a iniciativa del marido, puesto que a la mujer en la época arcaica no le estaba permitido– los *mores maiorum* y el *officium* exigían al marido devolverle a ella dote y cualquier otro bien extradotal, más aún si ello se había previamente estipulado mediante los esponsales, pudiendo ejercitar la mujer la *actio ex stipulatu*[40].

Sin embargo, también es sabido que en los primeros tiempos del Derecho romano, la disolución del matrimonio por repudio o divorcio no fue muy frecuente y, de producirse, tenía que ser por causas muy justificadas[41]. Sólo la decadencia de las costumbres (*mores maio-*

---

*retineant, quae, dum in palatio constituti sunt, aut labore, ut dictum est, proprio aut dignatione nostra quaesierint. * CONST. A. AD SEVERUM PU. *<A 326 PP. X K. IUN. CONSTANTINO A. VII ET CONSTANTIO C. CONSS.*

Mientras que el segundo, hace referencia a los *bona materna,* esto es, aquellos bienes que el hijo podía adquirir de la madre por derecho sucesorio que, si bien el *pater* los recibía para su disfrute y administración, sin embargo se le prohíbe la libre disposición de los mismos porque el dominio es de los hijos C. Th., 8,18,1 = C. 6,60,1: *Res, quae ex matris successione fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate, ut fruendi dumtaxat habeant facultatem, dominio videlicet earum ad liberos pertinente.* En Derecho justinianeo, el régimen de los peculios se concretó estableciendo: Por un lado, pertenecen en propiedad al *filius* aquellos bienes que no vengan directamente del *pater*, reservándose a éste un derecho de administración y usufructo; por otro lado, se establece que siguen siendo propiedad del *pater* lo que éste entrega al sometido, esto es, el *peculium profecticium,* manteniéndose en vigor lo dispuesto por el *ius civile* para este tipo de peculio.

[40] Cfr. LAURIA, M., *Matrimonio-dote in diritto romano,* Napoli, 1953, págs. 70 ss.; LÓPEZ ROSA, R., *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones inter virum et uxorem,* Sevilla, 1977, págs. 57 ss.; GARCÍA GARRIDO, M. J., *El patrimonio de la mujer casada, op. cit.,* págs. 43 ss.; CREMADES, I. y PARICIO, J., *Dos et virtus. Devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malas costumbres,* Barcelona, 1983, págs. 33 ss.; FAYER, C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia. Matrimonio. Dote.* Parte Seconda, Roma, 2005, págs.698 ss.

[41] FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E., *Repudium-divortium (Origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto),* Granada, 1987, págs. 219 ss.; GIUNTI, P., *Adulterio e leggi regiae. Un reato fra storia e propaganda,* Milano, 1990,

rum) hizo que el marido no cumpliera con su deber (*officium)* de restitución, provocando que el pretor, desde la época preclásica o republicana, construyera la *actio rei uxoriae*, garantizándole a la mujer la recuperación de la dote. Es importante, en este sentido, recordar el supuesto de divorcio de Spurio Carvilio Ruga, como el primer divorcio en el que se dejó sentir la decadencia de los *mores maiorum* y la necesidad de una regulación jurídica en la que se reflejara que la dote debería ser considerada como bienes a los que tiene derecho la mujer en caso de repudio o divorcio[42].

Sin embargo, no siempre fue posible enriquecer el patrimonio familiar. Los cambios económicos sufridos en la sociedad romana, como es el paso de una economía agrícola y ganadera a una eminentemente comercial; la crisis que sufrieron muchas familias debido a las continuas campañas bélicas que fueron necesarias para conseguir la expansión territorial, contribuyeron a provocar profundos cambios en el seno familiar, ya que si algunas familias romanas (patricias o plebeyas) consiguieron hacerse de importantes fortunas en los repartos de botín de guerra, sin embargo otras menos afortunadas cayeron en la ruina más absoluta. Todo ello, empujó a los *paterfamilias* a buscar alternativas de subsistencia como era desprenderse de miembros de su propio grupo, para lo cual no dudo en ejercitar cuando fuese necesario el *ius vendendi*[43]. El *filius* o *filia* dada *in mancipio* se encontraba en la familia del adquirente en una situación de cuasi esclavitud, de ahí que Gayo, *Inst.,* 1,123 emplee la expresión *servorum locum,* o *servorum loco habentur* en 1,138, mientras que Paulo, *lib. 11 ad Ed.,* en D.4, 5, 3, 1, para indicar la posición de aquel que se encuentra *in mancipio*, habla de una situación imaginaria de esclavitud *in imaginaria servilem causam deductus*[44].

Por otro lado, la persona *in mancipio* no pierde la condición de ser libre y ciudadano romano, ya que ningún ciudadano romano podía

págs. 279 ss.; ASTOLFI, R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico,* Padova, 2000, págs. 103 ss.; FAYER, C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Concubinato. Divorzio. Adulterio.* Parte Terza, Roma, 2005, págs. 50 ss.

42 FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E., *Repudium-divortium, op. cit.,* pág. 338. FAYER, C., *La familia romana, op. cit.,* págs. 70 ss.

43 En efecto, el *pater* procedió a hacer uso del *ius vendendi* con respecto a sus *filius et filiasfamilias,* del mismo modo que se podía hacer con los esclavos celebrando una *mancipatio*, tal y como nos lo indica Gayo, *Inst.,* 1,117: *Omnes igitur liberorum personae, sive masculini sive feminini sexus, quae in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem modo possunt, quo etiam servi mancipari possunt.*

44 *Emancipato filio et ceteris personis capitis minutio manifesto accidit, quum emancipari nemo possi,t nisi in imaginariam servilem causam deductus. Aliter atque quum servus manumittitur, quia servile caput nullum ius habet, ideo nec minui potest.*

ser objeto de una venta dentro de las fronteras romanas (la única admitida era la efectuada fuera de dichas fronteras, esto es, la venta *trans Tiberim*)[45] y la relación de *patria potestas* con su verdadero *pater* quedaba suspendida hasta su posible retorno al seno familiar[46]. Desde la ley de las XII Tablas (tab. IV) se estableció que si un *paterfamilias* vendía tres veces a un hijo perdía la patria potestad sobre él (*si pater filium ter venum duvit, filius a patre liber esto*)[47].

La crisis económica que padeció Roma en el siglo III, llevó a los emperadores a iniciar medidas dirigidas a frenar la práctica de este derecho. Así, a partir de Diocleciano se prohíbe expresamente cualquier tipo de transferencia sobre los hijos, tal y como se puede apreciar en C. 4, 43, 1[48]. Constantino, y posteriormente ratificado por Justiniano, admitió la venta sólo de recién nacidos y para el caso de extrema pobreza o indigencia, pero se reservó la facultad del padre, u otra persona, para poder recuperar la libertad del vendido mediante el pago de un rescate y con la obligación de restituir al comprador los gastos ocasionados en la alimentación de los hijos, según C. 4, 43, 2[49].

Otras veces, podía darse la celebración directamente de una *adrogatio* por la que el *pater* perdía su condición de *sui iuris* y pasaba a formar parte de otro grupo familiar como *alieni iuris* con todo su patrimonio y personas (sucesión universal *inter vivos)*; en definitiva, con esta institución desaparecía una familia para ingresar en otra a la que se le aseguraba descendencia[50]. Concretamente, la *adrogatio* se sitúa

---

45 A. GELIO, *Noctes Atticae,* 20,1,46-47:

46 *Vid.* FAYER, C., *La familia romana, Parte Prima, op. cit.* págs. 220 ss.

47 *Vid.* GAYO, *Inst.,* 1,132; ULP: *Reg.* 10.1. Un padre no podía vender a un hijo como si fuese un esclavo dentro de territorio romano, pero sí podía entregarlo *in causa mancipii* a otro *paterfamilias,* lo que suponía una merma importante en la capacidad del *filius*, pues aunque no perdía su *status* de seguir siendo un hombre libre, sí permanecía en una situación análoga a la esclavitud. Por otro lado, mientras estuviese *in mancipio* con otro *pater*, el anterior no podía ejercer la *patria potestas* sobre el *filius.*

48 *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris iure aut quolibet alio modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti iuris est.*

49 *Imperator Constantinus. Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente emptor obtinendi eius servitii habeat facultatem.*

Liceat autem ipsi qui vendidit vel qui alienatus est aut cuilibet alii ad ingenuitatem propriam eum repetere, modo si aut pretium offerat quod potest valere, aut mancipium pro huiusmodi praestet.

50 *Vid.*, VOLTERRA, E.; «La nozione dell «adoptio» e dell «adrogatio» secondo il giuristi romani del II e III sec. d.C.», *BIDR,* 69, 1966, págs. 109 ss.; CASTELLO, C., «Il problema evolutivo della «adrogatio», *SDHI,* 33, 1967, págs. 129 ss.; HORVAT, M., «Les aspects sociaux de l'adrogation et de l'adoption à Rome», *Studi in onore di*

con anterioridad a la *lex XII Tabularum.* Su etimología nos muestra que deriva de la propuesta (*rogatio)* que, el que presidía (un pontífice) la asamblea comicial curiada, dirigía al pueblo en el sentido de si aprobaba o no el sometimiento de un *cives sui iuris* a la *patria potestas* de otro. Los comicios votarían la propuesta, adquiriendo su resultado el carácter de una verdadera *lex curiata*[51]; era, por tanto, una *adrogatio per populum* que solo se celebraba en Roma[52] y de la que estaban excluidos la mujer y el impúber[53]. Con el tiempo esta función de la asamblea comicial se redujo a un aspecto puramente formal y, a finales de la época republicana, al hacerse los comicios curiados una asamblea de menor importancia, determinó que fuesen representados por treinta lictores, recordando a las antiguas curias, aunque sin adquirir mayor relevancia, manteniéndose así durante todo el período clásico. En el derecho postclásico, se realizó *per rescriptum principis* o por declaración ante el Pretor de Roma o del Gobernador en las provincias.

Por consiguiente, la *adrogatio* producían importantes consecuencias jurídicas, ya que desde el punto de vista personal, desaparece la familia del arrogado al someterse éste y todo su grupo familiar bajo la *patria potestas* del arrogante en calidad de nietos, tal y como nos lo expresa Gayo, *Inst.,* 1,107[54]. Mientras que, desde el punto de vista patrimonial, el patrimonio del arrogado pasa en bloque al arrogante (*successio per universitatem),* es decir, de manera similar a la *succesio mortis causa,* se produce una sucesión universal *inter vivos,* pero con la particularidad de que las deudas del arrogado no pasan al patri-

---

G.Grosso, vol. 6, 1974, pág. 47; RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases jurídico-culturales, op. cit.,* págs. 46 ss.; ID., «Eclipse y Renacimiento de la adopción en su devenir histórico», *RGDR,* nº 13, 2009, págs. 6 ss.; FAYER, C., *La familia romana, op. cit.*, págs. 294 ss.

[51] La fórmula de la propuesta de la *adrogatio* viene recogida en A. GELIO, *Noctes Atticae,* V,19,9: *Eius rogationis verba haec sunt: «Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, Quirites, rogo.»*

[52] GAYO, *Inst.,* 1,100; ULPIANO, *Reg.,* 8,4.

[53] IGLESIAS, J., expresaba en sentido: «La mujeres no pueden ser arrogadas, ya que ni la misma muerte de su *pater* las libra de seguir en la condición de *filiaefamilias*, y cuando la antigua potestad sobre ellas ejercida cedió paso a la tutela, su situación fue semeja a la de los impúberos. Tampoco pueden ser arrogados los impúberos, porque el tutor no tiene autoridad bastante para convertir al pupilo en *homo alieni iuris»*, *Derecho romano, op. cit.* pág. 555. La arrogación de mujeres e impúberes sería admitida en época postclásica.

[54] *Illud proprium est eius adoptionis quae per populum fit, quod is qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subicitur, sed etiam liberi eius in eiusdem fiunt potestate tanquam nepotes.*

monio del arrogante al extinguirse con la *adrogatio* la condición jurídica de *paterfamilias*, salvo de que se traten de deudas hereditarias, Gayo, *Inst.*, 3,84[55]. Sin embargo, el pretor concedió a los acreedores distintas acciones, con el fin de que éstos no se sintieran defraudados. Concretamente, contra el arrogado, una acción útil con ficción de que no habría sufrido *capitis deminutio*[56] y, si éste no se defiende contra la acción, se les otorga a los acreedores la facultad de vender todos los bienes que le hubieran pertenecido de no haberse sometido a la potestad del arrogante. Por otro lado, contra el arrogante, se otorgó la *actio de peculio*[57].

Todo ello nos demuestra que el texto de Ulpiano definiendo a la familia, quiso resaltar que tanto los bienes como las personas eran elementos imprescindibles para configurarla, ya que la pérdida de personas como la falta suficiente de patrimonio podría desencadenar la extinción del propio grupo familiar.

V. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN *FAMILIA PUBLICANORUM*

Si bien hemos visto que el término *familia* hace referencia al conjunto de personas y cosas que se encuentran bajo el poder del *paterfamilias*, según podemos interpretar del texto de Ulpiano, *lib. 46 ad ed.* (D., 50, 16, 195, 1-2), encontramos en el párrafo 3, del mismo texto, otro significado de la palabra *familia* referido al conjunto de individuos que están agrupados en torno al desarrollo de la actividad de los *publicani*[58]:

---

[55] *Ex diverso quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, quaeve in manum convenit, non transit ad coemptionatorem aut ad patrem adoptivum, nisi si hereditarium aes alienum fuerit: tunc enim, quia ipse pater adoptivus aut coemptionator heres fit, directo tenetur iure, is vero, qui se adoptandum dedit, quaeve in manum convenit, desinit esse heres. De eo vero, quod proprio nomine eae personae debuerint, licet neque pater adoptivus teneatur neque coemptionator et ne ipse quidem qui se in adoptionem dedit, quaeve in manum convenit, maneat obligatus obligatave, quia scilicet per capitis diminutionem liberetur, tamen in eum eamue utilis actio datur rescissa capitis deminutione; et, si aversus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere creditoribus praetor permittit.*

[56] GAYO, *Inst.*, 3,84.

[57] ULPIANO, *lib. 12 ad ed.*, D.15, 1,42*: In adrogatorem de peculio actionem dandam quidam recte putant, quamvis Sabinus et Cassius ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam, existimant.*

[58] Sobre los *publicani* se da una amplia bibliografía, pudiendo destacar entre otros autores: MARQUQRDT, J., *Römische Staatsverwaltung,* II, Lipsia, 1876; MOMMSEN, TH., *Römische Staatsrecht,* II, 1, Lipsia, 1877; KNIEP, F. *Societas publicanorum,* Jena, 1896; CAGNAT, R., v. *publicani, publicum,* en *DS.*, IV, pág. 752; ARIAS BONET,

Servitutium quoque solemus appellare familias, ut in edicto praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi praetor loquitur de familia publicanorum. Sed ibi non omnes servi, sed corpus quoddam servorum demonstratur, huius rei causa paratum, hoc est vectigalis causa.

En este texto la palabra *familia* vendría a desarrollar el significado de «cosa» que viene aludido en el párrafo 1 y que, junto al de «personas», comprendería todo el sentido de lo que implica el término *familia: «Familiae» appellatio qualiter accipiatur, videamus; et quidem varie accepta est, nam et in res et in personas diducitur.*

Ahora bien, el hecho de que ambos significados estén situados en el mismo fragmento del título 16 del libro 50 del Digesto no implica

J. A., «*Societas publicanorum*», en *AHDE*, 19, 1948-1949, págs. 218 ss.; SOLAZZI, S., «L'editto de publicanis in D.39.4.1.pr.», en *Studi Albertario,* I, Milano, 1953, págs. 14 ss.; METRO, A. «L'esperibilità nei confronti dei publicani dell *"actio vi bonorum raptorum"*, en *IURA*, 18, 1967, Vol. I, págs. 108 ss.; IVANOV, V., *De societatibus vectigalium publicanorum populi Romani,* Rist. Anast., Roma, 1971; ARANGIO-RUIZ, V., «Sugli editti *"de publicanis"* e *"quod familia publicanorum furtum fecissedicetur"*», en *Scritti di Diritto Romano*, II, Napoli, 1974, págs. 133 ss.; NICOLET, C., *Deux remarques sur l organisation des sociétés de publicains à la fin de la république romaine,* en *Points de vue sur la fiscalitè antique,* A.A.V.V., Paris, 1979, págs. 69 ss.; CIMMA, M. R., *Ricerche sulle società di "publicani"*, Milano, 1981; DE MARTINO, F., La storia dei pubblicani e gli scritti dei giuristi, en *Labeo*, 39, 1993, págs. 14 ss.; VOCI, P., «Note sulle azioni pretorie contro i publicani», en *SDHI,* 60, 1994, págs. 291 ss.; CASTÁN PÉREZ, S., *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en Derecho Romano,* Madrid, 1996; MATEO, A., *Manceps, redemptor, publicanus. Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma,* Santander, 1999; MAGANZANI, L., «Analisi economica e studio storico del diritto : le societates publicanorum rivisitate con gli strumenti concettuali del economista», en *IURA,* 52, 2001, págs. 216 ss.; ID., *Pubblicani e debitori d'imposta: Ricerche sul titolo edittale de publicanis,* G. Giappichelli, Torino, 2002; PENDÓN MELÉNDEZ, E., *Régimen jurídico de la prestación de servicios públicos en Derecho Romano,* Madrid, 2002; BONA, F., *Le societates publicanorum e le società questuarie nella tarda repubblica,*en *Lectio sua, Studi editi e inediti di diritto romano,* I, Milano, 2003; CAMACHO EVANGELISTA, F., *Derecho Público Romano,* Granada, 2004-2005; ARÉVALO, W., «Reflexiones en torno a la actividad delictiva de los publicanos», en A.A.V.V., *El Derecho Penal: De Roma al derecho actual*, Alicante, 2004, págs. 89 ss.; FERRER MAESTRO, J.; *La República participada: Intereses privados y negocios públicos en Roma,* Castellón de la Plana, 2005; TORRENT RUIZ, A., v. «*familia publicanorum*», *Diccionario de Derecho Romano,* Madrid, 2005, pág. 355; BLANCH NOUGUÉS, J. M., «La concesión de obras públicas y su financiación en el Derecho Romano», en *RGDR, Iustel,* 8, 2007, págs. 1 ss.; LÓPEZ PEDREIRA, A., «*Quantae audaciae, quantae temeritatis sint publicanorum factiones*. Reflexiones acerca del *edictum de publicanis*. (D.39.4)», en *AFDUDC,* 12, 2008, págs. 583 ss.; PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., «Las ventas por subasta en la esfera del Derecho Público», en *RGDR, Iustel,* 14, 2010, págs. 1 ss.; DUFOUR, G.; «Les *societates publicanorum* de la République romaine: des ancêstres des sociétés par actions modernes?, *RIDA,* LVII, 2010, págs. 145 ss.; FERNÁNDEZ BUJÁN, A., *Derecho Público Romano,* Madrid, 2011.

que hagan referencia a un mismo tipo de familia. Ulpiano quiere indicar que alrededor de la actividad de los publicanos existe un conjunto de personas y cosas unidas para la ejecución de un fin, esto es, la recaudación de impuestos, tal y como se puede observar en otro texto de Ulpiano, *lib.* 55 *ed.* (D. 39, 4, 1, 5):

Familiae nomen hic non tantum ad servos publicanorum referemus, verum et ad eos, qui in numero familiarium sunt publicani. Sive igitur liberi sint sive servi alieni, qui publicanis in eo vectigali ministrant, hoc Edicto continebuntur. Proinde et si servus publicani rapuit, non tamen in ea familia constitutus, quae publico vectigali ministrat, hoc Edictum cessabit.

Por tanto, conforme a la opinión de Ulpiano, podemos decir que estamos ante dos acepciones de la palabra *familia* que viene a diferenciar a dos tipos de familias diferentes: Una, la unida por lazos de parentesco (agnaticios y cognaticios), que cuenta con un patrimonio común pero que tanto personas como cosas se encuentran bajo el poder y el dominio de un único *paterfamilias* (D. 50, 16, 195, 1-2); y, otra, la formada también por personas que pueden estar unidas o no por parentesco pero que todas ellas se encuentran bajo el poder de un publicano, como también aparece en D. 39, 4, 12, 2, Ulpiano, *lib. 38 ed:*

Familiae autem appellatione hic servilem familiam contineri sciendum est. Sed et si bona fide publicano alienus servus servit, aeque continebitur: fortassis et mala fide, plerumque enim vagi servi et fugitivi in huiusmodi operis etiam a scientibus habentur. Ergo et si homo liber serviat, hoc Edictum locum habet.

En cuanto al significado de «publicano», podemos ver en las distintas fuentes jurídicas y literarias nos ofrecen definiciones más o menos completas. Algunas limitan el significado a aquellos a quienes el poder público concede, mediante arrendamiento, la cobranza de un impuesto (*vectigal*[59]), tal es el caso de Gayo, *lib. 3 ed. prov.*, D., 50, 16, 16: *Eum qui vectigal populi Romani conductum habet, «publicanum» appellamus.* En este mismo sentido, Ulpiano, *lib. 38 ed.*, D. 39, 4, 12, 3: *Publicani autem dicuntur, qui publica vectigalia habent conducta.* Aclarándonos el mismo Ulpiano, *lib. 10 ed.*, (D., 50, 16, 17, 1) lo que se entiende por *vectigalia: «Publica» vectigalia intellegere debemus, ex quibus vectigal fiscus capit, quale est vectigal portus, vel venalium rerum, item salinarum et metallorum et piscariarum.*

[59] *Vid.*, CAMACHO DE LOS RÍOS, M., *Vectigalia. Contribución al estudio de los impuestos en Roma,* Granada, 1995; MATEO, A., *Manceps, redemptor, publicanus. Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma, op. cit.,* pág. 90 ss.

Sin embargo, tanto Ulpiano como Gayo dan al término «publicano» otras definiciones que le otorgan un significado más amplio, o si se quiere, atribuyéndole al «publicano» una esfera más extensa de actividades. Así, en D., 39, 4, 1, 1, Ulpiano escribe que los publicanos son los que viven de un «publico», bien pagando al fisco un *vectigal* para luego cobrar los tributos, o bien actuando como arrendatarios del fisco: *Hic titulus ad publicanos pertinet. Publicani autem sunt, qui publico fruuntur; nam inde nomen habent, sive fisco vectigal pendant, vel tributum consequantur: et omnes, qui quid a fisco conducunt, recte appellantur publicani*. Mientras que Gayo, *lib. 13 ed. prov.*, (D., 39, 4, 13pr.), concreta más el contenido de los arrendamientos al decirnos que versan sobre salinas y yacimientos de greda o de metales: *Sed et hi, qui salinas et cretifodinas et metalla habent, publicanorum loco sunt*.

La razón de que en algunos textos, aún siendo del mismo jurista, aparezca una definición más restringida o más extensa ha sido interpretada por ARIAS BONET diciendo que la acepción restringida fue más antigua dado que se utilizó en relación con los arrendamientos del *vectigal*, esto es, como el canon o renta pagada al Estado por la ocupación o utilización de sus propiedades. En la medida que la administración romana se hace más compleja, los publicanos serían también los concesionarios de obras, trabajos o suministros contratados por el Estado mediante el sistema de arriendo, los denominados *ultro tributa*[60]. Por el contrario, CIMMA estima que la construcción y reparación de obras concedidas a los publicanos por parte de los censores pudo ser, incluso, una actividad más antigua que la recaudación de tributos ya que –según la autora– hay indicios de ellos en distintas fuentes literarias[61].

Sin embargo, consideramos más acertada la opinión de ARIAS BONET al señalar que la actividad de los censores se hizo más compleja y amplia en la medida que la Administración romana debería desarrollar un mayor número de obras públicas como efecto inmediato de la expansión territorial romana. Y, aunque son muchas las fuentes literarias que hablan de las distintas actividades de los publicanos, a la hora de determinar cuál de ellas se dio antes en el tiempo, no cabe duda que la actividad de los publicanos se debe a la conce-

[60] ARIAS BONET, J. A., «*Societas publicanorum*», *op. cit.*, pág. 219 ss.

[61] CIMMA, M. R., cita como fuentes literarias interesantes a este propósito TITO LIVIO, *Ab urb. cond.* XXIV, 18, 10-11; VALERIO MAXIMO, *Fact. et dict. memorab.*, V, 6 8, POLIBIO, *Historiae*, VI, 17, 2-3, en *Ricerche sulle società di publicani*, *op. cit.*, pág. 48 ss.

sión otorgada por los censores; y, sobre estos, nadie duda que su primera función fue la de confeccionar el censo para distribuir a la antigua población romana en centurias y tribus conforme al poder económico que tuviese cada familia.

De esa forma, los censores estarían preparados para poder exigir la recaudación de tributos ayudándose del sistema de arriendo de los mismos a los publicanos, como evolución de la figura de los *tribuni aerarii*[62]. Por otro lado, un texto importante para situar la antigüedad de la actividad de los publicanos como recaudadores de impuestos públicos es el contenido en Gayo. *Inst*., IV, 28 al decirnos que se les otorgaba a los publicanos la *actio pignoris capionem,* de época de la Ley XII Tablas, contra aquellos que resultaran deudores tributarios por ministerio de la ley:

Lege autem introducta est pignoris capio uelut lege XII tabularum aduersus eum qui hostiam emisset nec pretium redderet; item aduersus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, inpenderet. Item lege censoria data est pignoris capio publicanis uectigalium publicorum populi Romani aduersus eos qui aliqua lege uectigalia deberent.

En consecuencia, los publicanos en su origen fueron los encargados de recaudar los impuestos y, para ello, dispusieron en el procedimiento de la *legis actionis* de la acción ejecutiva *pignoris capionem* para hacer más efectiva su función[63]. En la medida que avance el sistema republicano, los publicanos desarrollarán otras actividades adjudicadas por la Administración Pública mediante arrendamientos de obras y de servicios en coherencia con las nuevas necesidades de una floreciente República. De esta forma, los publicanos constituyeron un importante núcleo de la sociedad republicana al concentrarse en torno a ellos un grupo de personas y patrimonio, ambos necesarias para la ejecución de las actividades antes mencionadas y dando sig-

[62] En este sentido compartimos la opinión de ARIAS BONET, J. A., cuando dice: «durante algún tiempo, la República romana no siguió realmente ni el sistema de recaudación por empleados o agentes del Estado ni el sistema de arriendo, sino el sistema que, a través de datos no muy precisos, aparece como intermediario, de los *tribuni aerarii*, ciudadanos particulares de una cierta fortuna elegidos para cada tribu a efectos de tal misión recaudatoria, del resultado de la cual respondían con su fortuna privada. El sistema de los *tribuni aerarii* cedearía el paso al sistema del arriendo», *op. cit.,* pág. 224 y 225.

[63] *Vid.*, LÓPEZ PEDREIRA, A., «*Quantae audaciae, quantae temeritatis sint publicanorum factiones*. Reflexiones acerca del *edictum de publicanis*. (D.39.4)», *op. cit.*, pág. 587 ss.

nificado a la expresión *familia publicanorum*. Así, y a tenor de la propia evolución que tuvo el significado de publicano, podríamos definir a la *familia publicanorum* –desde nuestro punto de vista– como aquel grupo de personas y cosas que, bajo el poder de un publicano, ayudan a éste en el desarrollo de sus distintas actividades.

Ahora bien, cuando la doctrina romanística se enfrenta a la interpretación del significado de *familia publicanorum,* basándose en las mismas fuentes apuntadas, hacen una total equiparación de esta expresión con el significado de *societas publicanorum,* como si de una misma expresión se tratase[64]. No dudamos que a partir de mediados de la República el carácter sinónimo de tales expresiones sí fuera posible, dada la evolución que sufrió la Administración romana a partir de su expansión territorial. Sin embargo, para el periodo anterior, esto es, desde la reforma serviana (que distribuyó a la población por centurias en función de su poder económico) hasta el siglo III a.C., consideramos que es necesario hacer una distinción entre ambas expresiones por dos razones primordiales: Por un lado, porque no siempre los publicanos actuaron por medio de una *societas*[65]; y, por otro lado, porque estimamos que Ulpiano cuando en D. 50,16,195 habla del término de *familia* pretende conectar los distintos significados que de ella se derivan y, en este sentido, la expresión *familia publicanorum* es uno más de ellos.

VI. CONCLUSIONES

Así las cosas, podemos concluir diciendo que la definición de Ulpiano sobre la familia, desde el punto de vista de las personas como desde el punto de vista del patrimonio, mostró las distintas instituciones que en ella se desarrollaron. Ello ha permitido que a lo largo de los siglos se diesen reformas jurídicas acorde con los cambios sociales, políticos, jurídicos y culturales que Roma sufrió, pero sin alterar su concepción primordial, esto es, que el *paterfamilias* es el origen y el fin del grupo familiar, al que se le podía limitar más o menos su poder pero nunca sustituir.

[64] Cfr., entre otros, CIMMA, M. R., *Ricerche sulle società di «publicani», op. cit.,* pág. 134 ss.; PENDÓN MELÉNDEZ, E., *Régimen jurídico de la prestación de servicios públicos en Derecho Romano, op. cit.,* pág. 154 ss.; LÓPEZ PEDREIRA, A., «*Quantae audaciae, quantae temeritatis sint publicanorum factiones*. Reflexiones acerca del *edictum de publicanis*. (D.39.4)», *op. cit.*, pág. 583 ss.

[65] En este sentido, ARIAS BONET, J. A., «*Societas publicanorum*», *op. cit.,* pág. 229 ss.

Esta concepción patriarcal de la familia supervivió en la recepción del Derecho romano, llegando a reflejarse en nuestro Código Civil. De ahí que, los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, cuando hablan de la naturaleza y caracteres de la patria potestad digan expresamente: «En la redacción que el Código civil tuvo desde 1889 hasta 1981, la patria potestad se dibujaba con unos contornos o perfiles romanistas y patriarcales, paradójicamente poco coincidentes con la realidad del tiempo en que el Código se puso en vigor. La potestad correspondía al padre y sólo de una manera subsidiaria pasaba a la madre... La reforma de 1981 ha introducido notables modificaciones en el régimen anterior. Ante todo, ya no se trata de un poder exclusivo del padre, sino compartido con la madre».

Sin embargo, y a pesar de esta reforma del 81, el legislador del siglo XXI se mantiene en silencio a la hora de definir la concepción de la familia en la actualidad, ni tan siquiera define los distintos modelos o tipos de familia que fragmentariamente regula. Por todo ello, no es de extrañar que la discusión doctrinal en esta materia, entre los civilistas, sea cada vez más abundante y, entre los romanistas, nos hace presumir que el legislador no ha querido deshacerse de la tradición jurídica romana.